

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Principio de irretroactividad de los tratados, hechos continuados y competencia *ratione temporis*. Debates pasados, presentes y futuros en el sistema internacional de protección de los derechos humanos”, en TORRES BERNÁRDEZ, S., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., QUEL LÓPEZ, J., y LÓPEZ MARTÍN, A.G. (coords.): *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013, páginas 695-711, (ISBN: 978-84-941055-0-0).

Principio de irretroactividad de los tratados, hechos continuados y competencia *ratione temporis*. Debates pasados, presentes y futuros en el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

Javier Chinchón Álvarez
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público
Universidad Complutense

RESUMEN: En esta contribución se analiza el sentido, contenido y consecuencias del principio de irretroactividad de los tratados al calor de una serie de decisiones judiciales recientes que parecen haber reavivado la discusión acerca de su significado y límites. Su objetivo es identificar y delimitar correctamente las cuestiones presentes en el debate, prevenir confusiones conceptuales y destacar algunos retos futuros sobre todo en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: Artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, irretroactividad de los tratados, hechos continuados, competencia *ratione temporis*.

ABSTRACT: This article analyzes the sense, scope and consequences of the principle of non-retroactivity of treaties in relation to a number of recent judicial decisions that appear to have revived discussions on its meaning and limitations. Its aim is to identify and correctly define the issues at stake in the debate, prevent conceptual misunderstandings and raise some future challenges, in particular, in the context of the European Court of Human Rights.

KEYWORDS: Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, non-retroactivity of treaties, continuing acts, jurisdiction *ratione temporis*.

SUMARIO. I. Planteamiento de la cuestión: el actual estado de cosas. II. El principio de irretroactividad de los tratados internacionales. III. Irretroactividad, hechos continuados y competencia *ratione temporis*. IV. El debate actual: cuestiones pasadas, presentes y futuras.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: EL ACTUAL ESTADO DE COSAS.

Dejó escrito el profesor Sánchez Rodríguez que “se presentan con excesiva frecuencia (...) confusiones conceptuales y (...) errores materiales en cuanto a la aplicación de los [tratados internacionales] en el tiempo”¹. Señalaba entonces una realidad constatable en cierta jurisprudencia española, aunque esta advertencia podía trasladarse a otros foros y latitudes de aquellos años; pero también de los que vendrían y hasta la actualidad. De hecho, en los últimos tiempos hemos conocido tanto algunas decisiones –internacionales y nacionales–, como posicionamientos doctrinales sobre ellas, que aparentemente han traído de nuevo a la mesa de trabajo a la aplicación de los tratados internacional en el tiempo, en general; y en concreto, que en cierto modo han revivido uno de los interrogantes que hace años formulara la profesora Orihuela Calatayud: “¿siempre que el tratado o alguna de sus disposiciones afecte a *hechos anteriores* a la entrada en vigor debemos considerar que se produce una aplicación retroactiva?”². Pregunta que al momento de redacción de este trabajo, parcialmente también la Corte Internacional de Justicia (CIJ) se ha auto-formulado en el asunto de las

¹ L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *Derecho internacional público: problemas actuales*, Madrid, 1993, p. 114.

² E. ORIHUELA CALATAYUD, *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo. Consideraciones sobre el efecto inicial de las disposiciones convencionales*, Madrid, 2004, p.23.

*cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar*³; despachándola, por lo demás, con una breve por no decir escasa respuesta, contraria a la opinión de los dos Estados parte en la controversia, y severamente rebatida por alguno de sus integrantes⁴.

Al respecto, avancemos, ciertamente puede convenirse en que como se ha afirmado, “the precise meaning of this retroactivity principle is not as clear as it may seem”⁵. Complejidad a la que, convengamos también, algunos órganos internacionales han contribuido sin reserva, pues sobre este particular ha sido común “the confusion and inconsistency in international human rights jurisprudence”⁶; realidad que desde luego con otras palabras, incluso sólo en el seno del sistema europeo de protección de derechos humanos ha sido reconocida, no ya por la doctrina⁷, sino por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸ (TEDH). Y finalmente, cabe admitir que el escenario se complicará aun más cuando pese a estar ante hechos calificados como el “prototipo de actos continuos”⁹, lo que se presentan son “consecuencias” en lo que se refiere al principio de irretroactividad, tanto en el Derecho de los tratados como en el Derecho penal¹⁰.

Pero reconocimiento todo lo anterior, a mi juicio es llamativo que en relación con recientes decisiones de algunos tribunales internacionales se haya sostenido no sólo que su competencia se ha construido mediante un censurable “artificio” o “ficción” dirigidos a lograr indirectamente una “aplicación retroactiva” de las normas

³ *Cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, sentencia de 20 de julio de 2012, párrs. 96-105, disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>.

⁴ “It has done so despite the fact that the CAT Convention, unlike other treaties, does not provide for, nor contains, any temporal limitation or express indication on non-retroactivity. It did so by picking out one older decision (of 1989) of the U.N. Committee against Torture that suited its argument, and at the same time overlooking or not properly valuing more recent decisions of the Committee *a contrario sensu*, wherein the Committee overruled its previous decision relied upon by the Court in its reasoning.” Véase el voto particular del Juez Cançado Trindade, párrs. 158-168, la cita del párr. 160.

⁵ A. BUYSE, “A Lifeline in Time. Non-retroactivity and Continuing Violations under the ECHR”, *Nordic Journal of International Law*, n°. 75, 2006, pp. 63-88, en p. 65.

⁶ K. ALTIPARMAK, “The Application of the Concept of Continuing Violation to the Duty to Investigate, Prosecute and Punish under International Human Rights Law”, *Turkish Yearbook of Human Rights*, vol. 21-25, 1999-2003, pp. 3-50, en p. 49. Para más datos, véanse páginas siguientes.

⁷ Véase nota 91.

⁸ *Caso Šilih v. Slovenia* (GC), *Application no. 71463/01*, sentencia de 9 de abril de 2009, párr. 152.

⁹ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, “Comentario General sobre la desaparición forzada como delito continuado”, Doc. NN.UU A/HRC/16/48, 26 de enero de 2011, p. 12.

¹⁰ *Ibíd.*, pp. 11 y 12.

convencionales de referencia¹¹ –posición que en cierto modo recuerda a la “puerta de atrás” que para Chua y Hardcastle usase ya en 1996 la CIJ¹²; sino que se haya concluido que en algunas de estas decisiones, especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), pero recientemente también el TEDH, han llevado a cabo una “aplicación (...) contraria (...) a la irretroactividad proclamada en [el] artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”¹³. En este mismo orden de ideas, nuestro Tribunal Supremo hace pocos meses nos compartía que a su entender “la Comisión Interamericana (...) ha interpretado el Pacto de San José de Costa Rica (...) aplicando[lo] retroactivamente”¹⁴; indicando a continuación que precisamente esta postura no es la “seguida” por el TEDH¹⁵, y ello pese a que el mismo TEDH hace poco más de dos años afirmase lo contrario¹⁶. Por su parte, menos eco ha tenido alguna también cercana decisión de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, aunque su posición ha sido en lo fundamental coincidente con la de la CIDH¹⁷.

Todo lo anterior, mientras tanto la CIDH como en lo más reciente y en especial el TEDH, precisamente citaban en estas sentencias el literal del artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁸ (CVDT), sosteniendo que el mismo es un “principio general” o una “regla general de derecho internacional”¹⁹ dentro

¹¹ En este sentido, E. MALARINO, “Activismo judicial, punitivación y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en K. AMBOS, E. MALARINO y G. ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, vol. 1, Montevideo, 2010, p. 26, nota 10; T. RUSSELL GIBSON, “True Fiction: Competing Theories of International Legal Legitimacy and a Court’s Battle with Ratione Temporis”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, n°. 29, 2007, pp. 153-166; P. A. ORMACHEA, “Moiwana Village: The Inter-American Court and the “Continuing Violation” Doctrine”, *Harvard Human Rights Journal*, n°. 19, 2006, pp. 283-288.

¹² A. CHUA y R. HARDCASTLE, “Retroactive Application of Treaties Revisited: *Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia*”, *Netherlands International Law Review*, n°. 44, 1997, pp. 414-420, en p. 420.

¹³ A. GIL GIL, “Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en K. AMBOS, E. MALARINO y G. ELSNER (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, vol. 2, Montevideo, 2011, p. 322 y ss..

¹⁴ Sentencia de Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, sentencia n° 101/2012, de 27 de febrero 2012, p. 18.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 18-19.

¹⁶ *Caso Šilih v. Slovenia* (GC), *Application no. 71463/01*, sentencia de 9 de abril de 2009, párr. 160.

¹⁷ Véase, por ejemplo, comunicación 361/08: J.E Zitha & P.J.L.Zitha v. Mozambique, 23 febrero-3 de marzo de 2011, párrs. 73-94. Disponible en <http://caselaw.ihrda.org/doc/361.08/view/>.

¹⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969, en *BOE* de 13 de junio de 1980.

¹⁹ Sobre su naturaleza jurídico-internacional, K. ODENDAHL, “Article 28. Non-retroactivity of treaties”, en O. DÖRR y K. SCHMALENBACH (eds), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Berlin-Heidelberg, 2012, pp. 478-479.

de cuyos límites siempre se han mantenido todas sus decisiones²⁰. Lo que, añadamos, ha sido frontalmente discutido por autores como Bjorge, para quien el TEDH “in the field of jurisdiction *ratione temporis* failed properly to understand what is the doctrine of general international law”²¹; sin olvidar que tiempo atrás, podemos decir que incluso ha sido *denunciado*, prácticamente abogando porque sobre todo la CIDH, superase un final y fatalmente desdibujado principio de irretroactividad²².

Del otro lado, se han erigido diversas voces que han valorado positivamente los “avances” realizados en alguna de estas recientes decisiones del TEDH²³; si bien, sin dejar de demandar se aproximase más a lo que sobre el particular, estiman como la mucho más ajustada interpretación defendida por la CIDH²⁴. Mientras que en el otro extremo, sobre todo las sentencias del TEDH han concitado múltiples críticas; alguna de ellas a través de severas formulaciones como que la postura adoptada por el Tribunal en *Varnava y otros c. Turquía*²⁵, pese a aceptar su competencia y declarar la responsabilidad del Estado, en realidad se ha basado en una serie de *invenciones* que, para referente como Brownlie contradicen la letra y espíritu del Convenio Europeo²⁶; y para autores como Kyriakou privan a las víctimas de un real derecho de acceso a la

²⁰ Así por ejemplo, *caso Šilih v. Slovenia* (GC), *Application no. 71463/01*, sentencia de 9 de abril de 2009, párrs. 106 y 140; *caso Varnava and others v. Turkey* (GC), *Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90*, sentencia de 18 de septiembre de 2009, párr. 130; *caso Janowiec and Others v. Russia*, *Applications nos. 55508/07 and 29520/09*, sentencia de 16 Abril 2012, párrs. 77 y 129. La CIDH suele referirse en este punto a su “jurisprudencia constante”, aunque en alguna de sus sentencias recientes refiere el artículo 28 de la CVDT; así, *caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaí”) vs. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 24 de noviembre de 2010, *Serie C No. 219*, párr. 15.

²¹ E. BJORGE, “In search of lost time: jurisdiction *ratione temporis* in three levels of jurisdiction”, *Institutt for offentlig rett*, noviembre de 2011, pp. 1-39, en p. 3. Disponible en <http://www.jus.uio.no/ior/forskning/arrangementer/midtveisevalueringer/2011/dokumenter/>.

²² S. PARAYRE, “La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 29, 1999, pp. 25-67.

²³ E. FERNÁNDEZ, “Nuevo retos para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La jurisprudencia sobre desapariciones forzadas”, *Persona y Derecho*, n.º. 61, 2009, pp. 195-226; F. REY MARTÍNEZ, “La protección jurídica de la vida ante el Tribunal de Estrasburgo: un derecho en transformación y expansión”, *Estudios Constitucionales*, año 7 n.º.1, 2009, pp. 331-360.

²⁴ O. CLAUDE, “A comparative approach to enforced disappearances in the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights jurisprudence”, *Intercultural Human Rights Law Review*, vol. 5, 2010, pp. 407-462.

²⁵ *Caso Varnava and others v. Turkey* (GC), *Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90*, sentencia de 18 de septiembre de 2009.

²⁶ I. BROWNLIE, “Christos and Helen Karefyllides and Maria Ioannou against Turkey. Opinion relating to issue raised in paragraphs 151-172 of the Gran Chamber Judgment in Varnava”, 2 de noviembre de 2009. Original en poder del autor.

justicia y suponen “the unintended condoning of the phenomenon of impunity”²⁷. Debiendo recordar en este punto que la doctrina fijada en la citada decisión conllevó la inmediata inadmisión de 51 casos contra Turquía²⁸, y en lo más reciente de uno contra España²⁹.

El panorama resumido aconseja, en fin, construir un mínimo examen del sentido, contenido y consecuencias del principio de irretroactividad de los tratados; y ante tan notables contradicciones, hacerlo recuperando la sabia guía de la Comisión de Derecho Internacional (CDI). Imposible será, aun centrándonos en la parte final en el TEDH, analizar aquí el conjunto de decisiones que han reavivado el debate expuesto, mucho menos resolverlo; pero al menos trataremos de identificar, delimitar y ordenar sus términos. Dicho de otro modo, y retornando al profesor Sánchez Rodríguez, trataremos de contribuir a despejar algunas de las *confusiones conceptuales en cuanto a la aplicación de los tratados internacionales en el tiempo* que recientemente parecen (volver) a tomar cuerpo.

II. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Al calor de los debates de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, la delegación cubana llamaba la atención sobre el contenido del entonces artículo 24³⁰ en los siguientes términos: “Apparently it was implied, although that was not stated, that the principle of non-retroactivity was not violated by

²⁷ N. KYRIAKOU, “Enforced disappearances in Cyprus: problems and prospects of the case law of the European Court of Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, 2011-2, pp. 190-199. Existe una versión más amplia en *The Interdisciplinary Research Cell in Human Rights*, disponible en <http://cridho.uclouvain.be/documents/Working.Papers/CRIDHO%20WP%202011-01.pdf>. Citamos la p. 12.

²⁸ *Ibíd.*, notas a pie 42 y 43.

²⁹ *Caso Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz v. Spain*, Application no. 301410/09, decisión sobre admisibilidad de 27 de marzo de 2012.

³⁰ En aquel momento con este literal: “Salvo que una intención diferente se deduzca del tratado o conste de otro modo, sus disposiciones no obligarán a una parte respecto de todo acto o hecho que haya tenido lugar o de toda situación que haya dejado de existir con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte”. En el texto finalmente adoptado de la CVDT, artículo 28.

applying the provisions of the treaty to a prior situation which was not terminated”³¹. Aunque en aquel momento esta delegación parecía más bien estar centrando su interés en el artículo 77 del Proyecto en discusión³², con anterioridad ya había expresado sus reticencias sobre la redacción/traducción de aquel artículo 24³³. La cuestión de fondo, no obstante, igualmente había sido puesta sobre la mesa tiempo atrás; por ejemplo por la delegación griega respecto al Proyecto de artículos de la CDI de 1964, cuando subrayó que la propuesta presentada no resolvía la cuestión de saber si las estipulaciones de un tratado se aplican a “los hechos que, en parte, ocurran durante el período en que está en vigor”³⁴.

Ambas delegaciones, con todo, aludían en un momento y otro a lo que en este punto, la CDI sí había explicitado³⁵. Y a pesar de las demandas de inclusión de una disposición expresa en este sentido en el texto del artículo³⁶, tal y como veremos lo cierto es que terminarían siendo precisamente las (reiteradas) explicaciones de la CDI al respecto la referencia más clarificadora en lo que nos ocupa. Ello así porque pese a que muchas delegaciones reconocieron durante la Conferencia de Viena el delicado equilibrio de los términos escogidos para la redacción del artículo en cuestión³⁷, la codificación del conocido como el principio de irretroactividad de los tratados finalmente tomó cuerpo más que en un claro enunciado, a través de un “cautious wording [that] did not say explicitly, but implied, that the treaty could apply to pending situations”³⁸, como acertadamente apuntó la delegación uruguaya aquellos días.

³¹ NACIONES UNIDAS, *United Nations Conference on the Law of Treaties. Second session. Vienna, 9 April-22 May 1969. Official Records. Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole*, Nueva York, 1970, p. 55.

³² En el texto finalmente adoptado de la CVDT, artículo 4.

³³ NACIONES UNIDAS, *United Nations Conference on the Law of Treaties. First session. Vienna, 26 March-24 May 1968. Official Records. Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole*, Nueva York, 1969, p. 159.

³⁴ Recogido en Doc. NNUU: A/CN.4/186 y Add.1 a 7, *Anuario CDI* 1966, vol. II, p. 67.

³⁵ Véanse Doc. NNUU: A/5809, *Anuario CDI* 1964, vol. II, p. 178, y Doc. NNUU: A/6309/Rev.1, *Anuario CDI* 1966, vol. II, p. 233.

³⁶ Literalmente en Doc. NNUU: A/CN.4/186 y Add.1 a 7, *Anuario CDI* 1966, vol. II, p. 67, con referencia a *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 845.a sesión, párrs. 34 y 35.

³⁷ NACIONES UNIDAS, *United Nations Conference on the Law of Treaties. First session. Vienna, 26 March-24 May 1968. Official Records. Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole*, Nueva York, 1969, p. 160.

³⁸ *Ibid.*, p. 161.

Ahora bien, si en la dilatada labor que condujo hasta la adopción de la CVDT³⁹ echar la vista atrás quisiéramos, podríamos recordar que en el primer informe del Relator Briedly se señalaban ya un conjunto de relevantes documentos a partir del año 1876⁴⁰. Imposible retrotraernos hasta entonces, con lo que manteniéndonos en los trabajos de la CDI desde que decidiera que el Derecho de los tratados sería tema prioritario en su agenda⁴¹, en lo que aquí interesa podemos identificar el Tercer Informe del Relator Waldock como el momento en que aparecería una propuesta consolidada de artículo:

“Artículo 57. Aplicación «*Ratione Temporis*» de las disposiciones de un tratado. 1. Salvo que un tratado disponga, expresa o implícitamente, otra cosa, sus disposiciones se aplicarán a cada parte solamente con respecto a los hechos o cuestiones que surjan o subsistan mientras el tratado esté en vigor con respecto a esa parte”⁴².

Sobre este texto, ya entonces se identificó como uno de sus problemas nucleares en qué medida se puede aplicar un tratado a hechos o cuestiones que *surgieron* antes de que entrase en vigor⁴³. Pero a partir de aquí⁴⁴, y aunque se ha considerado que la final redacción de esta previsión fue probablemente una de las más difíciles alcanzar⁴⁵, ya en aquel Informe del Relator Waldock se exponía la clave que permitiría responder a esta cuestión; una respuesta que en lo sustantivo se mantendría inalterada en los comentarios que la CDI hizo a los proyectos de artículos de 1964⁴⁶ y 1966⁴⁷: “el principio de la no retroactividad nunca se viola por aplicar un tratado a cuestiones que se plantean

³⁹ Sobre la misma, resulta una guía de gran utilidad el trabajo de S. ROSSENE, *Law of Treaties. Guide to Legislative History of Vienna Convention*, Leiden, 1970; comenzando por el listado que recoge en las pp. 21-25.

⁴⁰ Doc. NN.UU: A/CN.4/23, *Yearbook of the International Law Commission* 1950, vol. II, pp. 225-226.

⁴¹ Doc. NN.UU: A/CN.4/13 y Corr. 1-3, *Yearbook of the International Law Commission* 1949, vol. I, p. 281.

⁴² Doc. NNUU: A/CN.4/167 y Add.1-3, *Anuario CDI* 1964, vol. II, p. 8.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Para una referencia de los documentos clave en relación con este artículo, a partir del decimocuarto período de sesiones de la CDI y hasta su final aprobación en la Conferencia de Viena, véase S. ROSSENE, *Law of Treaties, op. cit.*, pp. 202-205.

⁴⁵ F. DOPAGNE, “1969 Vienna Convention. Article 28. Non-retroactivity of treaties”, en O. CORTEN y P. KLEIN, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I, Oxford, 2011, p. 719

⁴⁶ “No obstante, si un hecho, acto o situación que ha ocurrido o se ha presentado por primera vez con anterioridad a la entrada en vigor de un tratado, sigue ocurriendo o existiese después de la entrada en vigor del tratado, quedará sometido a las disposiciones del tratado. No se infringe el principio de la no retroactividad por aplicar un tratado o asuntos que ocurren o existen cuando el tratado está en vigor, aunque hayan empezado con anterioridad.” Doc. NNUU: A/5809, *Anuario CDI* 1964, vol. II, p. 178.

⁴⁷ “No obstante, si un acto, un hecho o una situación que tuvo lugar o se originó con anterioridad a la entrada en vigor de un tratado siguiera existiendo después de la entrada en vigor del tratado, quedaría sometido a las disposiciones del tratado. El principio de la no retroactividad nunca se viola por aplicar un tratado a cuestiones que se plantean o existen cuando el tratado está en vigor, aunque se originaran con anterioridad.” Doc. NNUU: A/6309/Rev.1, *Anuario CDI* 1966, vol. II, p. 233.

[ocurren o existen]⁴⁸ estando el tratado en vigor, aun cuando se iniciaran con anterioridad”⁴⁹. Palabras en las que, sin duda, resuena también la ya clásica máxima que hace camino de un siglo dejara sentada la Corte Permanente de Justicia Internacional⁵⁰ (CPJI).

Ciertamente, ni en ninguna de las distintas versiones consolidadas del artículo en cuestión se incluyó una formula expresa que incluyera lo anterior⁵¹, ni tampoco mayores clarificaciones sobre su contenido, como hacia 1968 solicitaran autores como Briggs⁵². Pero sin lugar a duda, y en lo que ahora interesa, en el final contenido del artículo 28 de la CVDT se mantienen inalteradas las palabras de la CDI que hemos reproducido. Así pues ha de entenderse su final literal:

“Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.

En consecuencia, el principio de irretroactividad de los tratados lo que supone es que un tratado internacional va a ser aplicable, salvo consentimiento en contrario, no a los *facta praeterita*, sino a los *facta futura*, pero también y desde luego a los *facta pendencia*; y en ninguno de estos dos últimos casos puede hablarse de aplicación retroactiva del tratado; puede afirmarse que se esté violando, en fin, este principio. Por escoger una formulación sencilla y tajante: “a treaty can, *of course*, apply to pre-existing act, fact or situation which continues after entry into force”⁵³. De lo que cabe hablar es

⁴⁸ Cfr. notas 46 y 47.

⁴⁹ Doc. NNUU: A/CN.4/167 y Add.1-3, *Anuario CDI* 1964, vol. II, p.10.

⁵⁰ *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, sentencia de 30 de agosto de 1924, *PCIJ Reports, Series A n°* 2, pp. 35 y 36.

⁵¹ En la versión de 1964: “Artículo 56. *Aplicación de un tratado en el tiempo*. 1. Las cláusulas de un tratado no se aplicarán a una parte en lo que se refiere a hechos o actos anteriores a la fecha de entrada en vigor del mismo respecto a dicha parte, ni a una situación que hubiere dejado de existir con anterioridad a dicha fecha, salvo que del propio tratado no resultare lo contrario”. En la de 1966: “Artículo 24. *Irretroactividad de los tratados*. Salvo que una intención diferente se deduzca del tratado o conste de otro modo, sus disposiciones no obligarán a una parte respecto de todo acto o hecho que haya tenido lugar o de toda situación que haya dejado de existir con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte.”

⁵² H. W. BRIGGS, “Reflections on non-retroactivity of treaties”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXI, n° 2, 1968, pp. 320-327, en especial pp. 326-327.

⁵³ A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Nueva York, 2007, p. 176. La cursiva es nuestra.

de lo que con carácter general se conoce como el principio del efecto inmediato⁵⁴, no como excepción⁵⁵ sino como complemento implícito y no contradictorio⁵⁶ del principio de irretroactividad; en cuya virtud y en lo que aquí ocupa, desde su entrada en vigor las disposiciones de un tratado se aplican “inmediatamente”⁵⁷ a los *facta pendencia*⁵⁸.

De este modo, aunque a veces se han esgrimido interrogantes, en clave tan crítica como provocativa, sobre si es entonces posible la exigencia de responsabilidad por hechos de hace decenas o cientos de años⁵⁹, lo que en realidad debe estudiarse no es cuándo esos hechos comenzaron, sino cuándo surgió la obligación internacional que, v.g., los prohibiera y cuándo esos hechos han dejado de existir. Y es que, en resumen, salvo intención en contrario, una norma convencional no despliega efectos retroactivos, pero su aplicación con efecto inmediato es obligatoria y conforme a Derecho⁶⁰.

III. IRRETROACTIVIDAD, HECHOS CONTINUADOS Y COMPETENCIA *RATIONE TEMPORIS*.

A partir de este marco general, podríamos distinguir ahora entre las cuestiones propias a la aplicación y cumplimiento/incumplimiento de la obligación internacional considerada, y las relativas a la competencia de los órganos internacionales, o por mejor decir, en palabras de la CDI, “los límites *ratione temporis* de aplicación de la cláusula

⁵⁴ La referencia doctrinal clásica sobre el mismo es el trabajo de P. TAVERNIER, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public. Problèmes de droit intemporel ou de droit transitoire*, París, 1970, pp. 181-307.

⁵⁵ M. E. VILLINGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, 2009, p. 383.

⁵⁶ F. DOPAGNE, “1969 Vienna Convention. Article 28...”, *op. cit.*, pp. 720, 723-725.

⁵⁷ Con carácter general, aunque referido al entonces artículo 24, la expresión “the binding effect of a treaty arises immediately on, and the obligation to carry it out dates from, its coming into force”, aparece ya en Doc. NNUU: A/CN.4/120, *Yearbook of the International Law Commission* 1959, vol. II, p. 47. En la versión en castellano se utilizó desde el comienzo la fórmula “tan pronto” (“un tratado adquiere fuerza obligatoria tan pronto como entra en vigor”). Doc. NNUU: A/CN.4/120, *Anuario CDI* 1959, vol. II, p. 52.

⁵⁸ T. O. ELIAS, *The modern law of treaties*, Leiden, 1974, p. 48; A. REMIRO BROTONS, *Derecho internacional público. 2. Derecho de los tratados*, Madrid, 1987, p. 286. En más detalle, además de las referencias anteriores, E. ORIHUELA CALATAYUD, *Los tratados internacionales...*, *op. cit.*, pp. 55-62; K. ODENDAHL, “Article 28. Non-retroactivity...”, *op. cit.*, pp. 483-485.

⁵⁹ P. A. ORMACHEA, “Moiwana Village: The Inter-American...”, *op. cit.*, p. 287.

⁶⁰ E. ORIHUELA CALATAYUD, *Los tratados internacionales...*, *op. cit.*, p. 56 y 62.

jurisdiccional -“hechos posteriores a una fecha determinada”⁶¹. No obstante, lo cierto es que a menudo ambas cuestiones aparecen estrechamente vinculadas, cuando no confundidas; máxime y por motivos obvios en los sistemas de protección de los derechos humanos. Citemos pues un ejemplo reciente que pese a que no se refiere a una cláusula jurisdiccional, ilustra a la perfección tanto la diferencia general en este punto, como el intrincado terreno al que ingresamos. Así, atendiendo al como ya dijimos, considerado como prototipo de hecho continuado, la desaparición forzada, comprobaremos que aunque para el Grupo de Naciones Unidas una desaparición lo es durante todo el tiempo hasta que el Estado proporcione información sobre la suerte o el paradero del desaparecido⁶², a la hora de interpretar su competencia ha decidido limitar(se) a los casos que comenzaron “antes de la creación de las Naciones Unidas”⁶³. Lo que, *mutatis mutandis* y ya en el terreno de las “cláusulas de limitación *ratione temporis*”, nos llevaría a textos como el del artículo 35.1 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas⁶⁴.

La clave para lo que vendrá se encuentra en el concepto mismo de *facta pendencia*: ¿qué significa y supone que el hecho siga existiendo tras la entrada en vigor del tratado y/o tras la aceptación de la competencia para “hechos posteriores”?

Al respecto, ofrezcamos algunas referencias teóricas básicas. Para ello, comencemos con lo que en el Quinto Informe sobre la responsabilidad de los Estados del Relator Ago se recogía ya bajo el rótulo de “hecho estatal continuo”: “un comportamiento que se desarrolla como tal en el tiempo con un carácter de permanencia”⁶⁵. Obviamente, no fue éste el primer momento en que este concepto fue abordado en el ámbito jurídico-internacional⁶⁶; de hecho, suele identificarse su origen en un trabajo de Triepel de 1899⁶⁷, pero a nuestros efectos valga esta elección ya que en

⁶¹ Doc. NNUU: A/6309/Rev.1, *Anuario CDI* 1966, vol. II, p. 233; Doc. NNUU: A/CN.4/307 Y ADD.1 Y 2, *Anuario CDI* 1978, vol. II (primera parte), p. 41.

⁶² GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, “Comentario General sobre la desaparición...”, *doc. cit.*, p. 12.

⁶³ Doc. NNUU: E/CN.4/2003/70, 21 de enero de 2003, párr. 247.

⁶⁴ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, en *BOE* de 18 de febrero de 2011.

⁶⁵ Doc. NNUU: A/5809, *Anuario CDI* 1976, vol. II (primera parte), p. 23.

⁶⁶ Además de las menciones que recoge la CDI, para un repaso que se remonta hasta fines del siglo XIX, puede verse el voto particular del Juez *Cançado Trindade* a la orden de 6 de julio de 2010 en el *asunto de las inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia)*, párrs. 60-90.

⁶⁷ H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899.

aquel Informe el Relator exponía sus razonamientos -sobre el entonces artículo 17- y consecuencia inmediata. Así, comenzaba el Relator planteando la siguiente hipótesis: “el Estado [observa] un comportamiento (...) que hubiera comenzado en un momento en que era libre de obrar en esa materia y hubiera continuado desarrollándose después de la entrada en vigor para el Estado de la obligación prohibitiva”⁶⁸. Es notable que un escenario teórico similar a éste sería el que, prácticamente cuarenta años después, se plantearía el TEDH en casos como *Blečić c. Croacia*⁶⁹; pero en lo que ahora ocupa, lo sobresaliente es que la respuesta que entonces dio el Relator fue tajante: “Si el comportamiento ha comenzado antes de que la obligación entre en vigor para el Estado y continúa desarrollándose posteriormente, habrá violación de dicha obligación desde el momento en que ésta haya comenzado a existir para el Estado”⁷⁰. Este principio es pues el que el Relator formuló en el entonces artículo 17.3⁷¹, cuyos términos fueron mejor definidos por la CDI en su Informe de 1976 en el (entonces) artículo 18.3⁷²; y que en lo sustantivo se mantuvo hasta el artículo 14.2 del Proyecto definitivo de 2001:

“La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional”⁷³.

Ahora, si damos paso al Séptimo Informe del mismo Relator Ago, encontraremos la última pieza del puzle: “... la determinación del tiempo de la violación puede ser decisiva a efectos de establecer la competencia del tribunal (...) si se trata de un hecho «continuado» que comenzó antes de la fecha a partir de la cual se aceptó la competencia del tribunal, evidentemente esta competencia no podría reconocerse si, como *tempus* de hecho ilícito, se entiende solamente el momento inicial del comportamiento del Estado (...). Inversamente, parecería ilógico negar esa

⁶⁸ Doc. NNUU: A/5809, *Anuario CDI* 1976, vol. II (primera parte), p. 23.

⁶⁹ *Blečić v. Croatia* (GC), *Application no. 59532/00*, sentencia de 8 de marzo de 2006, párr. 72.

⁷⁰ Doc. NNUU: A/5809, *Anuario CDI* 1976, vol. II (primera parte), p. 23.

⁷¹ “Cuando el hecho del Estado que esté en contradicción con el contenido de una obligación determinada: a) sea un hecho con carácter de continuidad, ese hecho constituirá una violación de la obligación de que se trate si ésta estaba en vigor durante una parte por lo menos de la existencia del hecho continuo y mientras perdure tal vigencia”. Doc. NNUU: A/5809, *Anuario CDI* 1976, vol. II (primera parte), p. 26.

⁷² “Si el hecho del Estado que no esté en conformidad con lo que de él exige una obligación internacional fuere un hecho de carácter continuo, sólo habrá violación de esa obligación en lo que se refiere al período durante el cual, hallándose la obligación en vigor respecto de ese Estado, se desarrolle el hecho.” Doc. NNUU: A/CN.4/SER.A/1976/Add.1 (Part 2), *Anuario CDI* 1976, vol. II (segunda parte), p. 73.

⁷³ Doc. NNUU: A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), *Yearbook of the International Law Commission* 2001, vol. II (segunda parte), p. 31.

competencia si el hecho «continuado» se considera perpetrado durante todo el período comprendido entre el comienzo del comportamiento estatal y su término. En efecto, nadie duda de que, al menos respecto de una parte de la duración de su existencia, el hecho de que se trate sería un hecho «posterior» al punto de partida de la competencia del tribunal⁷⁴. Desde luego, las cuestiones relativas a la competencia de los órganos internacionales tienen sus perfiles propios, siendo la clave, salvo disposición/declaración en contrario, el surgimiento de la controversia y no así, con carácter general, el momento en que se produjeron los hechos⁷⁵. Pero en lo que ocupa, baste la identificación de la anterior regla general en relación con la competencia, cláusulas/declaraciones de limitación, *ratione temporis* para, ya dijimos, “hechos posteriores a una fecha determinada”⁷⁶; esto es, a la fecha crítica⁷⁷.

En suma, y por acudir a palabras de la CDI ya de 2001: el comportamiento que haya comenzado en determinado momento en el pasado puede continuar y dar lugar a un hecho en el presente⁷⁸; lo que conllevará consecuencias señaladas, muchas veces bajo el rótulo de “violación continuada”⁷⁹, en el ámbito de la responsabilidad internacional y en lo relativo a la competencia *ratione temporis* del órgano internacional correspondiente.

Ahora bien, aun desde estas pautas sigue presente lo que en un enfoque global se ha identificado como cuestión crucial⁸⁰. Desde una perspectiva general, podríamos acudir de nuevo a los primeros documentos citados propios a la CVDT⁸¹, y también y especialmente a los relativos a la responsabilidad internacional del Estado. Por mencionar uno de estos últimos, a donde llegaríamos es a la distinción entre un “comportamiento estatal continuado” y “un comportamiento instantáneo con efectos

⁷⁴ Doc. NNUU: A/CN.4/307 Y ADD.1 Y 2, *Anuario CDI* 1978, vol. II (primera parte), p. 41.

⁷⁵ En detalle, E. ORIHUELA CALATAYUD, *Los tratados internacionales...*, *op. cit.*, pp. 185 y ss. Para un estudio exhaustivo sobre la Corte Permanente y la CIJ, S. ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005. Volume I. The Court and the United Nations*, Leiden, 2006, pp. 912 y ss.

⁷⁶ Doc. NNUU: A/CN.4/307 Y ADD.1 Y 2, *Anuario CDI* 1978, vol. II (primera parte), p. 40-42

⁷⁷ Para una primera aproximación, muy pedagógica, J. PAUWELYN, “The Concept of a ‘Continuing Violation’ of an International Obligation: Selected Problems” *British Yearbook of International Law*, vol. 66, n.º. 1, 1995, pp. 415-450, pp. 430-440.

⁷⁸ Doc. NNUU: A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), *Yearbook of the International Law Commission* 2001, vol. II (segunda parte), p. 31

⁷⁹ Véase el completo trabajo de J. PAUWELYN, “The Concept of...”, *op. cit.*

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 415.

⁸¹ Doc. NNUU: A/CN.4/167 y Add.1-3, *Anuario CDI* 1964, vol. II, p. 10.

duraderos” o “acto de efectos duraderos”⁸². Y ello porque sólo el primero será un hecho continuado, en sentido estricto, con las consecuencias establecidas. De hecho, la distinción práctica entre estos conceptos es una compleja y perenne cuestión sobre la que como con el artículo 28 del CVDT, también varios Estados demandaron, sin éxito, mayores aclaraciones en el literal correspondiente del proyecto sobre responsabilidad del Estado; incluso afirmando que al final estos conceptos “pueden servir más para complicar que para aclarar”⁸³.

IV. EL DEBATE ACTUAL: CUESTIONES PASADAS, PRESENTES Y FUTURAS.

Llegados a este punto, no sorprendería que el último problema identificado fuera el que vuelve a estar sobre la mesa a partir de las decisiones apuntadas al inicio. Ello así porque aunque la referencia común sobre el particular, también de la CDI, es la posición de la Comisión Europea de Derechos Humanos, lo cierto es que sus primeras aproximaciones al concepto de “hecho continuado/violación continuada” fueron poco clarificadoras⁸⁴; aunque sí explicitó la idea fundamental en este punto: que el hecho prohibido en sí mismo, y no sólo sus efectos o consecuencias, es el que debe continuar existiendo⁸⁵. Principio igualmente recogido por la CDI⁸⁶, y que podemos condensar en aquella expresión que ha hecho fortuna, la del ya célebre *caso De Becker*: “it is exactly as though the alleged violation was being repeated daily”⁸⁷.

Con todo, a la hora de afinar este concepto, y distinguirlo de los hechos instantáneos con efectos permanentes, el problema no es que ya incluso en el seno de la

⁸² Doc. NNUU: A/5809, *Anuario CDI* 1976, vol. II (primera parte), p. 24.

⁸³ Doc. NNUU: A/5809, 50º período de sesiones CDI, pp. 47-49, pp. 48.

⁸⁴ La definición generalmente ofrecida por la Comisión es: “a state of affairs which operates by continuous activities by or on the part of the State to render the applicants victims”. La referencia es de *Kevin McDaid and Others v. United Kingdom*, *Application no. 59532/00*, decisión sobre admisibilidad de 9 de abril de 1996. Esta caracterización será igualmente acogida por el TEDH, incluso en casos recientes como *Paksas v. Lithuania* (GC), *Application no. 34932/04*, sentencia de 6 de enero de 2011, párr. 83.

⁸⁵ En concreto: “The fact that an event has significant consequences over time does not itself constitute a “continuing situation”. *Kevin McDaid and Others v. United Kingdom*, *Application no. 59532/00*, decisión sobre admisibilidad de 9 de abril de 1996.

⁸⁶ Doc. NNUU: A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), *Yearbook of the International Law Commission* 2001, vol. II (segunda parte), p. 60.

⁸⁷ *De Becker v. Belgium*, *Application no. 214/56*, decisión sobre admisibilidad de 9 de junio de 1958 (en *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 1958-1959, p. 244).

misma CPJI, así como en los trabajos de la CDI, sea posible detectar una notable divergencia, no de criterios, sino en su aplicación práctica⁸⁸; tampoco que a la postre todo dependerá del contenido –e interpretación– de la obligación primaria⁸⁹; ni tan siquiera que aun asumiendo lo anterior se reconozca que llevar estas figuras a la práctica es extremadamente complejo⁹⁰. La cuestión es que desde aquellas primeras decisiones de la Comisión Europea nunca se establecieron unos criterios específicos y realmente delimitables, sino más bien lo contrario, lo que llevó a varias decisiones contradictorias⁹¹. De este modo, pese a las pautas generales que pueden ir identificándose, la ausencia de una solución general satisfactoria ha sido advertida a lo largo del tiempo, también por algunos jueces del TEDH⁹². Y así que para 2006, y casi como rememorando las palabras de la Comisión de 1958⁹³, el TEDH a pesar de formular lo que calificó como “the appropriate test”⁹⁴, reiteraría que, al final, todo dependía de los hechos del caso y del alcance del derecho en cuestión⁹⁵. Lo que podemos completar recordando que apenas tres años después, centrándose en los artículos 2 y 3 de la Convenio Europeo⁹⁶, fue el mismo TEDH el que reconociera, en fin, que en diversos casos se había llegado a conclusiones divergentes aunque los hechos eran aparentemente similares⁹⁷.

⁸⁸ Paradigmáticas son las posiciones de los jueces Cheng Tien-Hsi y Eysinga en el *asunto Concesiones Mavrommatis en Palestina*. En la CDI, véanse por ejemplo las opiniones sobre si la confiscación de bienes es o no un hecho continuado. Doc. NNUU: A/CN.4/SER.A/1988/Add.1 (Part 1), *Anuario CDI* 1988, vol. II (primera parte), pp. 15-16.

⁸⁹ Por referirnos ya al Proyecto definitivo, Doc. NNUU: A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), *Yearbook of the International Law Commission* 2001, vol. II (segunda parte), pp. 59-62.

⁹⁰ F. DOPAGNE, “1969 Vienna Convention. Article 28...”, *op. cit.*, p. 725.

⁹¹ A. VAN PACHTENBEKE y Y. HAECK, “From De Becker to Varnava: the state of continuing situations in the Strasbourg case law”, *European Human Rights Law Review*, 2010, n.º. 1, pp. 47-58, p. 50. G. LOUKAIDÈS, *The European Convention on Human Rights: Collected Essays*, Leiden, 2007, p. 18 y ss.; J. PAUWELYN, “The Concept of...”, *op. cit.*, pp. 421 y ss. Para visión más positiva, aunque sustancialmente descriptiva, T. ZWART, *The Admissibility of Human Rights Petitions: The Case Law of the European Commission of Human Rights*, Dordrecht, 1994, pp. 123-138. Desde una perspectiva más amplia, K. ALTIPARMAK, “The Application of the Concept...”, *op. cit.*, pp. 13-18.

⁹² Véanse por ejemplo los votos disidentes en el caso *Loizidou v. Turkey* (GC), *Application no. 15318/89*, sentencia de 18 de diciembre de 1996.

⁹³ *X. v. Belgium*, *Application no. 369/58*, *Yearbook of the European Convention on Human Right* 1958-1959, pp. 376-381.

⁹⁴ *Blečić v. Croatia* (GC), *Application no. 59532/00*, sentencia de 8 de marzo de 2006, pp. 20-21.

⁹⁵ Esta fórmula aparece en casos como *Blečić v. Croatia* (GC), *Application no. 59532/00*, sentencia de 8 de marzo de 2006, párr. 82 y es luego reiterada en múltiples otros.

⁹⁶ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, en *BOE* de 10 de octubre de 1979 (*BOE* de 6 de mayo de 1999 para el texto consolidado tras el Protocolo 11).

⁹⁷ *Caso Šilih v. Slovenia* (GC), *Application no. 71463/01*, sentencia de 9 de abril de 2009, párrs. 149-152.

No se trata pues de un problema nuevo. Hace más de medio siglo ya estaba sobre la mesa, y desde hace decenios se encuentran críticas en relación con el criterio, o mejor dicho, falta de criterio claro en este punto⁹⁸. En consecuencia, los debates actuales al respecto no serían más que la lógica y necesaria continuación de la discusión sobre el binomio: hecho estatal continuado-hecho instantáneo con efectos duraderos.

Pero en la última sentencia citada, el TEDH se planteó algo más; en concreto:

“... whether the procedural obligations arising under Article 2 can be seen as being detachable from the substantive act and capable of coming into play in respect of deaths which occurred prior to the critical date or alternatively whether they are so inextricably linked to the substantive obligation that an issue may only arise in respect of deaths which occur after that date”⁹⁹.

La atención pues se dirigió a la naturaleza de la obligación primaria; asunto que en una formulación más amplia y acudiendo a otra sentencia también de 2009, puede resumirse en “the question whether there was a continuing procedural obligation to investigate”¹⁰⁰. Años antes autores como Altiparmak habían identificado como cuestión capital en lo que ocupa, si la obligación de investigar podía ser considerada como una obligación independiente de otros deberes -y derechos; señalando que en tal caso, la conclusión debería ser la siguiente: “the failure to investigate an incident that occurred before the critical date may constitute a continuing violation [no] an enduring effect of the instantaneous act nor is it bound with the time limits of the instantaneous act”¹⁰¹.

La respuesta del TEDH a la cuestión recogida fue que la obligación de investigar había de ser (ya entonces) considerada como una obligación autónoma¹⁰²; y de ahí que vinculase al Estado aunque la muerte se produjese antes de la fecha crítica¹⁰³. Cabría entonces traer aquí y ahora la posición de la CIDH; es decir, recogiendo una de las sentencias referidas al inicio, que aunque el Estado haya aceptado la competencia de la Corte años después de constatarse una ejecución extrajudicial, es competente sobre los “hechos y omisiones del Estado ocurridos después de la referida fecha, los cuales se

⁹⁸ Así, F. MONCONDUIT, *La Commission Europeenne des Droits de l'Homme*, Leyden, 1965, p. 212.

⁹⁹ *Caso Šilih v. Slovenia* (GC), *Application no. 71463/01*, sentencia de 9 de abril de 2009, párr. 152.

¹⁰⁰ *Caso Varnava and others v. Turkey* (GC), *Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90*, sentencia de 18 de septiembre de 2009, párr. 150.

¹⁰¹ K. ALTIPARMAK, “The Application of the Concept...”, *op. cit.*, pp. 24 y ss., p. 51.

¹⁰² *Caso Šilih v. Slovenia* (GC), *Application no. 71463/01*, sentencia de 9 de abril de 2009, párr. 159.

¹⁰³ *Idem*.

relacionan con la falta de investigación...”¹⁰⁴. Poco más de seis meses después de la sentencia citada, el TEDH se manifestó también sobre hechos de desaparición forzada. Frente a la alegación de Turquía de que el TEDH no tenía competencia sobre unas desapariciones que databa en 1974, ya que este Estado sólo había aceptado el sistema de demandas individuales en 1987, el TEDH afirmó su competencia sobre los hechos a partir de esta última fecha señalando que: “the procedural obligation will, potentially, persist as long as the fate of the person is unaccounted for; the ongoing failure to provide the requisite investigation will be regarded as a continuing violation”¹⁰⁵. Afirmación que, de nuevo, nos llevaría a la posición de la CIDH; recordada como “jurisprudencia constante” en recientes casos como *Gelman c. Uruguay*¹⁰⁶.

Así las cosas, volvamos a lo concluido *supra*: desde el momento en que exista una obligación internacional que disponga que un Estado ha de hacer algo y mientras el Estado *continúe* sin hacerlo, estará incumpliendo esa obligación; ese comportamiento, en su caso y una vez aceptada la competencia del órgano internacional en cuestión, entrará dentro de los límites *ratione temporis* para “hechos posteriores”; y todo ello, sin que exista violación del artículo 28 del CVDT, sino justamente en cumplimiento de lo que recoge. En consecuencia, los debates que en el presente han surgido hasta aquí a mi juicio sólo cabría dirigirlos a si la obligación primaria considerada, en este caso y en general, la obligación de investigar como deber autónomo e independiente, bien no existe como tal, bien supone y en qué sentido una excepción a lo expuesto. Trasladando y actualizando entonces, *mutatis mutandis*, una discusión de *larga data* que en lo más concreto, en el ámbito de la CIDH podríamos referir cuanto menos al *caso Blake v. Guatemala*¹⁰⁷.

Pero además de lo resumido, el TEDH añadió una serie de requisitos finales para afirmar lo que determinó como “the Court's temporal jurisdiction” sobre la obligación

¹⁰⁴ *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaí”) vs. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 24 de noviembre de 2010, *Serie C* No. 219, párr. 15.

¹⁰⁵ *Caso Varnava and others v. Turkey (GC), Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90*, sentencia de 18 de septiembre de 2009, párr. 148.

¹⁰⁶ *Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones*, sentencia de 24 de febrero de 2011, *Serie C* No. 221.

¹⁰⁷ *Caso Blake v. Guatemala, Excepciones Preliminares*, sentencia de 2 de julio de 1996, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 27; *caso Blake v. Guatemala, fondo*, sentencia de 24 de enero de 1998, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, No. 36.

procesal identificada¹⁰⁸; los cuales ha venido desarrollando en decisiones posteriores. Apuntemos finalmente alguno de ellos: la necesidad de vínculo real entre la muerte y la entrada en vigor de la Convención¹⁰⁹ en relación con el Estado demandado¹¹⁰, que parece ser sustancialmente temporal con una suerte de límite (hasta la fecha) entre los 5¹¹¹ y los 6 años¹¹². Aunque ello no se precisa en casos en sea necesario garantizar “the guarantees and the underlying values of the Convention”¹¹³; fórmula cuyo contenido concreto, aun parcialmente ignoto, no ha sido satisfecho por hechos como la masacre de Katyn¹¹⁴. Un plazo temporal también se ha esgrimido para admitir casos de desaparición forzada, en relación con el tiempo transcurrido desde el comienzo de la desaparición, la actitud de las autoridades estatales y la interposición de la demanda; plazo que, vinculado también con la diligencia debida que se indica han tener las víctimas para acudir al TEDH “without undue delay”¹¹⁵, parece situarse en general en un máximo de una década¹¹⁶. No obstante, estos límites temporales no parecen operativos respecto al artículo 3 del Convenio, de tal modo que sí se afirma la competencia respecto a la ausencia de *investigación*, ahora caracterizada como más general y humanitaria, sobre unos hechos que comenzaron hace más de setenta años –cincuenta y ocho antes de Rusia hubiera consentido en el Convenio Europeo¹¹⁷.

Así, es este último estado de cosas que acabamos de reseñar el que, en mi opinión, mejor explica o debería explicar el surgimiento de los debates más recientes; pues sin duda los exige. Se ha deslizado que lo resumido responde a “considerations of

¹⁰⁸ *Caso Šilih v. Slovenia* (GC), *Application no. 71463/01*, sentencia de 9 de abril de 2009, párr. 161.

¹⁰⁹ La no distinción aquí entre la Convención y la competencia del tribunal probablemente se explique por los cambios introducidos por el Protocolo 11 del Convenio Europeo.

¹¹⁰ *Caso Šilih v. Slovenia* (GC), *Application no. 71463/01*, sentencia de 9 de abril de 2009, párr. 163.

¹¹¹ *Lăpușan at autres c. Roumanie, Requête nos 29007/06, 30552/06, 31323/06, 31920/06, 34485/06, 38960/06, 38996/06, 39027/06 et 39067/06*, sentencia de 8 de marzo de 2011, párrs. 55-61.

¹¹² *Caso Janowiec and Others v. Russia, Applications nos. 55508/07 and 29520/09*, sentencia de 16 Abril 2012, párrs. 134-135.

¹¹³ *Caso Šilih v. Slovenia* (GC), *Application no. 71463/01*, sentencia de 9 de abril de 2009, párr. 163.

¹¹⁴ *Caso Janowiec and Others v. Russia, Applications nos. 55508/07 and 29520/09*, sentencia de 16 Abril 2012, párrs. 139-140.

¹¹⁵ Con efectos de inadmisión, *caso Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz v. Spain, Application no. 301410/09*, decisión sobre admisibilidad de 27 de marzo de 2012, párr. 39.

¹¹⁶ *Caso Varnava and others v. Turkey (GC), Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90*, sentencia de 18 de septiembre de 2009, párr. 166.

¹¹⁷ *Caso Janowiec and Others v. Russia, Applications nos. 55508/07 and 29520/09*, sentencia de 16 Abril 2012, párrs. 150-167.

the practical and effective functioning of the Convention mechanism”¹¹⁸, pero en lo que nos ha ocupado en este trabajo, quizá lo primero sea plantear cómo encajan, si lo hacen, esta serie de cuestiones dentro de la teoría general examinada. Discusión necesaria, en el presente, y con seguridad en el futuro, pues todo indica que la construcción del TEDH en este punto está en pleno desarrollo. La pregunta final bien pudiera, ¿hacia dónde?

¹¹⁸ *Caso Varnava and others v. Turkey (GC)*, Applications nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, sentencia de 18 de septiembre de 2009, párr. 151.